



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente: **Arcadio Delgado Rosales**  
Expediente número 2017-0107

El 25 de enero de 2017, el abogado **MINO RAFAEL PORTILLO MONTOYA**, titular de la cédula de identidad N° V-11.650.593 e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 234.718, actuando en nombre propio, interpuso acción de amparo constitucional “(...) *por la violación de preceptos constitucionales durante el consejo de investigación incoado en [su] contra el día 27 de diciembre de 2016 basado en la investigación Administrativa IGEB-GTINV-123-16, resumen informativo del expediente del Consejo de Investigación N° OCI-1666 y la resolución (sic) Ministerial N° 017280 de fecha 27 de Diciembre de 2016, emanada por el **Ministerio del Poder Popular para la Defensa** (...)*”, mediante la cual resolvió separar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana al prenombrado ciudadano en su condición de Mayor, en razón de la medida disciplinaria impuesta.

El 27 de enero de 2017, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 24 de febrero de 2017 se eligió la nueva Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena; y esta Sala Constitucional quedó conformada de la siguiente manera: Magistrado Juan José Mendoza Jover, Presidente; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Gladys María Gutiérrez Alvarado, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson.

El 2 de marzo de 2017, se dejó constancia de la diligencia presentada por el accionante, por medio de la cual consignó recaudos relacionados con la presente acción de amparo.

## **I**

### **DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL**

El accionante alegó que, el 13 de septiembre de 2016, se presentó ante el Consejo de Investigación con el fin de asistir al Capitán Wanderly González Lovera, “*por solicitud propia en la audiencia oral amparado en las excepciones contenidas en el primer aparte del artículo 12 de la Ley de Abogados, el artículo 13 del [R]eglamento de la Ley de [A]bogados y Código de [É]tica del Abogado*”.

Que “(...) *dicha asistencia fue negada por el ciudadano Mayor General por lo que no efectu[ó] la debida asistencia y se [le] orden[ó] elaborar un informe de lo sucedido. Posteriormente el día 29 de septiembre de 2016, se orden[ó] abrir una averiguación administrativa en [su] contra por la violación del artículo 12 de la Ley de [A]bogados, según lo expresado en una nota informativa N° IGEB-GTINV-123-16 de fecha 29 de [s]eptiembre de 2016 (...)*”.

Que “(...) *contra el acto administrativo interpus[o] un recurso de reconsideración el día 24 de [o]ctubre de 2016, donde exponía entre otras cosas que una investigación administrativa no debía partir de supuestos no comprobados, que no se podía utilizar el informe que se [le] orden[ó] elaborar puesto que constituía [su] declaración como medio de defensa que se debía analizar las excepciones del primer aparte del artículo 12 de la [L]ey de [A]bogados que estaba autorizado verbalmente por [su] comando natural y se [le] concedió permiso en comisión de servicio para asistir al Capitán Wanderly González Lovera el mismo fue declarado inadmisibile e improcedente (...) sin ningún tipo de motivación (...)*”.

Que solicitó la inhibición de los funcionarios actuantes en la averiguación administrativa, por cuanto estos habían elaborado y opinado en la nota informativa N° IGEB-GTINV-123-16 del 29 de septiembre de 2016. Dicha solicitud no fue incorporada al expediente, ni fue tomado en consideración.

Que, el 1 de noviembre de 2016, acudió a la entrevista del grupo de trabajo de la Inspectoría del Ejército Bolivariano aceptando declarar, como medio de defensa para esclarecer los hechos investigados, además de incorporar el testimonio del Capitán Wanderly González, donde describió la asistencia que le debía prestar y de esa manera demostrar que no le había arrogado su representación, que la misma sería **ad honorem** y en forma accidental.

Que, el 23 de noviembre de 2016, fue remitido el expediente a la Oficina de Consejos de Investigación, “*donde en el resumen informativo del Expediente de Consejo de Investigación N° OCI-1666, se promueve el informe que se [le] orden[ó] elaborar ante el grupo de trabajo de la Inspectoría y las declaraciones como elementos de prueba para sustentar la solicitud de consejo de investigación en [su] contra (...)*”.

Que, el 12 de diciembre de 2016, se le notificó que sería sometido al consejo de investigación, sin notificarlo previamente del resultado de la investigación administrativa, y que al solicitar la copia certificada del expediente, el mismo no tenía la fecha de culminación, elemento esencial para determinar los lapsos para ejercer los recursos administrativos correspondientes.

Que, el 26 de diciembre de 2016, “*al cumplirse los diez días hábiles para ejercer la defensa según el artículo 18 del Reglamento de Consejos de Investigación para el Personal de Oficiales de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, se [le] inform[ó] que el acto oral se realizaría el 27 de [d]iciembre de 2016 (...)*”.

Que “*(...) el día señalado para la realización de la audiencia oral [ejerció] personalmente [su] defensa técnica y [expuso] detalladamente que se estaba incumpliendo [con] lo establecido en [los] artículo[s] 12, 19, [y] 20 del [R]eglamento de [C]onsejos de [I]nvestigación para [O]ficiales [S]uperiores[,] ya que ninguno de los integrantes tuvo acceso al expediente y mucho menos al escrito de descargo en forma previa donde se fundamentaba [su] defensa violándose el debido proceso, por lo que no obtuv[ó] respuestas a las solicitudes hechas en [el] ‘punto previo’[,] la tutela judicial efectiva, el derecho de peticionar y de obtener una respuesta pronta y oportuna, no se valoraron las pruebas presentadas junto al escrito de descargo (...)*” (destacado del escrito).

Que, el 13 de enero de 2017, se le notificó que había sido separado de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, mediante Resolución N° 017280 del 27 de diciembre de 2016, emanada del “*Ministerio del Poder Popular para la Defensa, a pesar de que el **Reglamento de Consejos de Investigación para el Personal de Oficiales de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana** dispone en el artículo 23 que se tiene un máximo de 30 días para efectuar las recomendaciones a partir de la conclusión del informe oral todo fue decidido en cuestión de horas por lo que se pone en dudas si en realidad las recomendaciones fueron revisadas personalmente por el [M]inistro o por la dependencia o por la dependencia Jurídica del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, como lo establece el [R]eglamento (...) todo con el objeto de no permitir[le] acceder al procedimiento de calificación e investigación de faltas contenido en la Ley de Carrera Militar que recién entraría en vigencia[,] violándose así el derecho a la defensa[,] al debido proceso y a la tutela judicial efectiva consagrados en el texto constitucional (...)*” (destacado del escrito).

Alegó que “*(...) el artículo 154 del Decreto con rango (sic) valor (sic) y fuerza (sic) de ley (sic) Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana N° 1.439 publicada en la Gaceta Oficial N° 6156, de fecha 19 de noviembre de 2014, establece claramente que los consejos de investigación para oficiales superiores hasta el grado de [C]oronel son competencia de los Comandante[s] de cada Componente. La disposición transitoria segunda de la referida ley desaplica el reglamento (sic) de consejos (sic) de Investigación para el personal de oficiales de la fuerza (sic) Armada Nacional Bolivariana, contenido en el Decreto presidencial (sic) N° 7.083 de diciembre de 2009, en todo aquello (...) que colinda (sic) con la ley. Por consiguiente tanto la oficina de Consejo de investigación (sic) como el comandante General del Ejército (sic) aplic[ó] en forma incorrecta el procedimiento relacionado a la ejecución del consejo (sic) de investigación (sic) ya que no debió presidir dicho consejo (sic) de investigación (sic) sino decidirlo violando de esta manera el artículo 156 Ejudem (sic) (...)*”.

Que en el procedimiento disciplinario de investigación, a pesar de haber denunciado y solicitado las causales de inhibición, no se le dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, a pesar de ello, los funcionarios administrativos actuantes recomendaron su

separación de la Fuerza Armada Nacional por medida disciplinaria, dejándolo en un estado de total indefensión ante el poder del Estado, representado en la persona del Comandante General del Ejército.

Denunció que durante el transcurso de la averiguación administrativa disciplinaria se le violaron sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a peticionar y obtener pronta respuesta y al trabajo, consagrados en los artículos 26, 49, 51, 87 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que el procedimiento está viciado de nulidad por cuanto hubo usurpación de autoridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 *eiusdem*.

Finalmente, solicitó que sea admitida la presente acción de amparo, suspendida la medida de separación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, que sea reinsertado con todos los beneficios contractuales que le fueron suspendidos, con el objeto de satisfacer las necesidades básicas de su grupo familiar y de su trabajo, y que se declare nulo todo el procedimiento, con el fin de restablecer su situación jurídica lesionada.

## II

### DE LA COMPETENCIA

Debe previamente esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional y, a tal efecto, observa que la misma se interpuso contra la Resolución Ministerial N° 017280 del 27 de diciembre de 2016, dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual resolvió separar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana al ciudadano Mino Rafael Portillo Montoya en su condición de Mayor, en razón de la medida disciplinaria impuesta; por lo que, de conformidad con lo preceptuado en el cardinal 18 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia N° 2 del 20 de enero del año 2000, caso: “*Domingo Ramírez Monja*”, se declara competente para su conocimiento. Así se declara.

## III

### DE LA ADMISIBILIDAD

Determinada la competencia y a fin de pronunciarse sobre el amparo constitucional incoado por el abogado Mino Rafael Portillo Montoya, actuando en nombre propio, contra la Resolución Ministerial N° 017280 emitida el 27 de diciembre de 2016 por el Ministro del Poder Popular para la Defensa; esta Sala observa lo siguiente:

El accionante denunció que durante el transcurso de la averiguación administrativa disciplinaria se le violaron sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a peticionar y obtener pronta respuesta y al trabajo, consagrados en los artículos 26, 49, 51, 87 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que el procedimiento está viciado de nulidad por cuanto hubo usurpación de autoridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 *eiusdem* y, pese a ello, se dictó la Resolución Ministerial N°

017280 emitida el 27 de diciembre de 2016 por el Ministro del Poder Popular para la Defensa, por medio de la cual se resolvió separar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana al ciudadano Mino Rafael Portillo Montoya en su condición de Mayor, en razón de la medida disciplinaria impuesta.

Ante la situación planteada, esta Sala advierte que el ordenamiento jurídico dispone de medios idóneos de impugnación.

En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 259, otorga competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, lo que conduce a afirmar que los derechos o garantías constitucionales que resulten lesionados por actos o hechos dictados o ejecutados en ejercicio de la función administrativa u omisiones o abstenciones de órganos o personas obligadas por normas de derecho administrativo, se encuentran tutelados en razón de la potestad que la Constitución otorga a esos órganos jurisdiccionales.

Así, tenemos que la acción de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra el acto administrativo que fue dictado. En tal sentido, en casos como el planteado, ha sido criterio reiterado de esta Sala que de considerarse afectada la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos del accionante, el acto lesivo puede ser impugnado ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Por tanto, resulta menester señalar que la vía idónea para cuestionar la legalidad, motivación y ausencia de los requisitos de los actos administrativos lo constituye el recurso contencioso administrativo de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares ante la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 cardinal 5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con ocasión del cual también pueden solicitarse las medidas cautelares correspondientes o ejercerse conjuntamente con el recurso de nulidad, acción de amparo constitucional, de conformidad con lo prescrito por el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (*vid.* sentencia de la Sala N° 3.227 del 28 de octubre de 2005, caso: “*Armando Gabaldón Domínguez*”).

Sobre la base de lo señalado, no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea y eficaz para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda trasgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, como la ya indicada, a los fines del restablecimiento de la situación jurídica alegada como infringida.

En tal sentido, luego de constatar que efectivamente el accionante disponía de la vía ordinaria -como se señaló- de la cual no hizo uso, ni justificó la razón por la que la misma no resultaba eficiente como mecanismo

ordinario o extraordinario de impugnación, la acción de amparo deviene en inadmisibles (*vid.* sentencia N° 939 del 9 de agosto de 2000, caso: “*Stefan Mar C.A.*”).

Por tanto, a la luz del cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo es inadmisibles “(...) *cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...)*”; esto se refiere al hecho de que el quejoso, antes de hacer uso de la vía del amparo constitucional, interpone cualquier otro recurso ordinario o no hace uso del mismo a pesar de que el ordenamiento jurídico lo prevé y que constituye la vía idónea para el restablecimiento de la situación que denuncia infringida.

Dentro de este contexto, debe destacarse que la Sala Constitucional ha interpretado en diversos fallos, que la norma contenida en el artículo 6, cardinal 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que el amparo constitucional, como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo se admite ante la inexistencia de una vía idónea para ello, la cual por su rapidez y eficacia impida la lesión de los derechos que la Constitución vigente garantiza (*vid.* sentencias números 848/2000, 1120/2000, 1351/2000, 1592/2000, 27/2001, 454/2001, 963/2001, 1488/2001, 1496/2001, 1809/2001, 2529/2001, 865/2002 y 971/2004, entre otras).

Visto lo anterior, y al constatarse la existencia de un medio procesal ordinario, idóneo y eficaz capaz de restablecer la situación que aquí se denuncia como infringida, como lo es el recurso contencioso administrativo de nulidad contra los actos de efectos particulares, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 cardinal 5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no le resta a esta Sala Constitucional sino ratificar su criterio en cuanto a que la acción de amparo constitucional en estos supuestos resulta inadmisibles, de conformidad con lo establecido en el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

## DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, se declara:

**1.- COMPETENTE** para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado **MINO RAFAEL PORTILLO MONTOYA**, ya identificado, actuando en nombre propio, contra la Resolución Ministerial N° 017280 emitida el 27 de diciembre de 2016 por el Ministro del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual resolvió separar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana al prenombrado ciudadano en su condición de Mayor, en razón de la medida disciplinaria impuesta.

**2.- INADMISIBLE** la acción.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 07 días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017). Años: **206°** de la Independencia y **158°** de la Federación.

El Presidente,

**Juan José Mendoza Jover**

El Vicepresidente,

**Arcadio Delgado Rosales**

Ponente

Los Magistrados y las Magistradas,

**Carmen Zuleta de Merchán**

**Gladys María Gutiérrez Alvarado**

**Calixto Ortega Ríos**

**Luis Fernando Damiani Bustillos**

**Lourdes Benicia Suárez Anderson**

La Secretaria,

**Dixies Josefina Velázquez Reque**

**Exp. 2017-0107**

**ADR**